

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 21 sierpnia 2019 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 lipca 2019 r. (data wpływu: 22 lipca 2019 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego: **Narwiański Park Narodowy, Kurowo 10, 18-204 Kobylin Borzymy**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, usługi, przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w trakcie realizacji projektu „Ośrodek Edukacji Przyrodniczej Młynarzówka w Kurowie”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Małgorzata Matecka**

**wyraża następującą opinię: zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 17 lipca 2019 r. w zakresie nieuwzględnionym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – nie podlegają uwzględnieniu.**

**U z a s a d n i e**

W wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego Narwiański Park Narodowy w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w trakcie realizacji projektu „Ośrodek Edukacji Przyrodniczej Młynarzówka w Kurowie” (usługi), o wartości zamówienia 528 200,00 zł (128 913,27 euro), wszczętego w dniu 5 kwietnia 2017

r. (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 59137-2017) – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wskazał w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 lipca 2019 r., zwanej dalej „Informacją o wyniku kontroli”, naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy IZOTERM S.C. Usługi Instalacyjne do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym (ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających ich spełnienie), co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 (popr. 3) oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził:

Z dokumentacji postępowania przekazanej do kontroli wynika, że zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie aby wykazali się:

- a) zgodnie z pkt VII.2.1) siwz wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej dwóch zakończonych usług nadzoru autorskiego obejmujących nadzór autorski nad realizacją robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej,
- b) zgodnie z pkt VII.2.2) siwz, że dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym Kierownikiem kontraktu, posiadającym m.in. doświadczenie w kierowaniu zespołem ludzi prowadzącym nadzór inwestorski nad realizacją minimum dwóch zakończonych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej posiadających funkcje kulturalne, edukacyjne z salami audiowizualnymi i infrastrukturą związaną z zagospodarowaniem terenu o wartości co najmniej 8.000.000,00 zł brutto każda oraz o powierzchni użytkowej obiektu min. 1000 m<sup>2</sup> w okresie ostatnich pięciu lat.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków wykonawca był zobowiązany przedłożyć odpowiednio:

- wykaz wykonanych zamówień sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz oraz dokumenty potwierdzające, że zamówienie zostało należycie wykonane, wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane,
- wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Z załączonych do oferty wykonawcy IZOTERM S.C. Usługi Instalacyjne wykazu usług wraz z referencjami, jak również z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika, że ww. wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego.

Zgodnie z ww. wykazem usług w zakres wskazanych w nich inwestycji wchodził nadzór z rozliczeniem i obsługą okresu gwarancyjnego, a w treści referencji odpowiadających wskazanym zadaniom brak jest dodatkowych informacji pozwalających na ocenę, czy ww. zadania obejmowały również nadzór autorski.

Jednocześnie, w odniesieniu do proponowanego potencjału kadrowego załączony do oferty wykaz osób skierowanych przez ww. wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi doświadczenie wymienionej w nich kadry, nie potwierdzają, że osoba proponowana na stanowisko Kierownika Kontraktu, tj. p. E. M., posiadała doświadczenie w kierowaniu zespołem ludzi prowadzącym nadzór inwestorski nad realizacją minimum dwóch zakończonych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej posiadających funkcje kulturalne, edukacyjne z salami audiowizualnymi. Z wykazu wynika, że p. E. M. pełnił funkcje koordynatora pracy zespołu inspektorów oraz inspektora nadzoru branży sanitarnej na ww. zadaniach:

1. Rozbudowa i przebudowa Państwowej Szkoły Muzycznej w Suwałkach w ramach projektu *"Poprawa oferty edukacyjno-kulturalnej PSM w Suwałkach poprzez rozbudowę, przebudowę i wyposażenie"* wraz z zagospodarowaniem terenu (poz. 2),
2. *„Miejskie Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu - sala koncertowo-teatralna w Suwałkach"* wraz z zagospodarowaniem terenu (poz. 3).

Powyższe zostało potwierdzone również referencjami dołączonymi do oferty, z których wynika również, że:

- zadanie dotyczące rozbudowy i przebudowy Państwowej Szkoły Muzycznej w Suwałkach cyt. *„(...) było realizowane w okresie od 25 sierpnia 2010 r. do dnia 14 lipca 2012 r. o wartości robót brutto 18 483 733, 35 PLN (...)*.

*Podstawowe parametry zadania:*

- powierzchnia zabudowy - 1 420,00 m<sup>2</sup>, -powierzchnia użytkowa - 5 135,53 m<sup>2</sup>,
- kubatura - 24 600, 00 177<sup>3</sup>, -liczba kondygnacji - 4.

*Pracami zespołu inspektorów nadzoru kierował inż. E. M. pełniąc jednocześnie funkcję inspektora nadzoru branży sanitarnej.”;*

- w zadaniu pn. *„Miejskie Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu - sala koncertowo-teatralna w Suwałkach”*, cyt. *„Realizowany nadzór inwestorski obejmował budowę budynku sali koncertowo-teatralnej o wartości brutto 38.735.000,00 PLN (...) o następującym zakresie: -technologia sceniczna, -dostawa i montaż wyposażenia, (...) -roboty teletechniczne, w tym: (...) system nagłośnienia, system multimedialny, (...)”*.

Pismem z dnia 28.02.2019 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zmawiającego o wyjaśnienie powyższych kwestii. W odpowiedzi Zamawiający ustosunkował się do powyższych kwestii, wskazując m.in., że „Zamawiający, bazując na treści Wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat wg załącznika nr 4 do SIWZ oraz dotyczących ich referencji zawartych w ofercie IZOTERM s.c. Usługi Instalacyjne uznał, że zapis dotyczący sprawowania „nadzoru z rozliczeniem i obsługą okresu gwarancyjnego” oznacza, że przedmiotowe usługi zawierały w sobie również sprawowanie nadzoru autorskiego.”

Odnosząc się do kwestii posiadania przez osobę proponowaną na stanowisko Kierownika Kontraktu doświadczenia w kierowaniu zespołem ludzi prowadzącym nadzór inwestorski nad realizacją minimum dwóch zakończonych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej posiadających funkcje kulturalne, edukacyjne z salami audiowizualnymi Zamawiający wskazał, że „Z referencji wystawionych przez TOMAS Consulting S.A. z dn. 25.06.2015 r. wynika, że Pan E. M. kierował pracami zespołu inspektorów nadzoru przy realizacji zadań inwestycyjnych dotyczących rozbudowy i przebudowy Państwowej Szkoły Muzycznej w Suwałkach oraz budowy Sali koncertowo-teatralnej w Suwałkach. Z treści referencji dotyczących Sali koncertowej wynika *expressis verbis*, że zamówienie obejmowało system nagłośnienia i system multimedialny charakterystyczny dla sal audiowizualnych, co w sposób dorozumiany wynika również z treści referencji dotyczących rozbudowy, przebudowy i wyposażenia Państwowej Szkoły Muzycznej w Suwałkach.”

Stosownie do powyższych ustaleń, Prezes UZP uznał, że ww. dokumenty przedłożone przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz potencjału kadrowego nie pozwalały Zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca spełnia ww. warunki w zakresie wystarczającym do należytej realizacji zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że zasadnym było zwrócenie się do wykonawcy IZOTERM S.C. Usługi Instalacyjne, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o wyjaśnienia w zakresie spełniania powyższych warunków dotyczących doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym (ewentualne uzupełnienie dokumentów

potwierdzających ich spełnianie). Brak dokonania przez Zamawiającego powyższego wezwania, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również prowadzi do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego. W konsekwencji uznał, że w związku z powyższym, wykazane naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

**Zamawiający** wniósł zastrzeżenia podnosząc, w zakresie nieuwzględnionych przez Prezesa UZP zarzutów, co następuje:

*Nie było żadnych wątpliwości Komisji przetargowej i Zamawiającego, odnośnie spełnienia wymogów SIWZ co do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Kontraktu – E. M. Tym bardziej, że wymienione przez wykonawcę zadania zostały zakończone i dopuszczone do użytkowania, co być może nie do końca zostało wyartykułowane w złożonych dokumentach ofertowych, ale było realne i nie budziło wątpliwości Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego nie było żadnych podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń złożonych przez wykonawcę.*

**Prezes Urzędu w wyniku rozpatrzenia zarzutów:**

- 1) uwzględnił zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 (popr. 3) oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - w zakresie doświadczenia wykonawcy (doświadczenie wykonawcy – podmiotu);
- 2) nie uwzględnił zastrzeżeń dotyczących naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 (popr. 3) oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - w zakresie doświadczenia wykonawcy (doświadczenie osoby – potencjał kadrowy).

W uzasadnieniu nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes UZP wskazał na warunek udziału w postępowaniu sformułowany w SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, tj. żądanie Zamawiającego złożenia wraz z ofertą wykazu osób opisanego w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) - oraz, że:

– dokumenty złożone przez wykonawcę nie potwierdzały, że p. E. M. spełnia warunek w wymaganym zakresie.

Zatem, Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie wezwania wykonawcy stanowi naruszenie wskazanego przepisu. Zamawiający przyznał, że nie mając wątpliwości co do spełnienia warunku, takiej procedury nie przeprowadził.

Prezes Urzędu oceniając zastrzeżenia potwierdził, za ustaleniami z Informacji o wyniku kontroli, że nie można wywieść z wykazu usług ani dostarczonych dokumentów, że usługi zrealizowane przez osobę przewidzianą na stanowisko Inżyniera kontraktu obejmowały swym zakresem doświadczenie w kierowaniu zespołem ludzi prowadzącym nadzór inwestorski nad realizacją minimum dwóch zakończonych robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej pełniących funkcje kulturalne, edukacyjne z salami audiowizualnymi.

Reasumując, Prezes Urzędu wskazał, że własne obserwacje i subiektywne przekonanie Zamawiającego oraz członków Komisji przetargowej, nie może zastąpić procedur przewidzianych w ustawie Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza wyrażając opinię w sprawie zastrzeżeń uznała, że zastrzeżenia nieuwzględnione przez Prezesa Urzędu nie podlegają uwzględnieniu.**

Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania Zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia – stanowisko Zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej oraz ocena prawna tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp.

Wartość zamówienia nie zobowiązywała Zamawiającego do stosowania procedury związanej z potwierdzaniem spełniania warunków podmiotowych właściwymi dokumentami. Zamawiający wszczynając postępowanie i wskazując wymagania wobec wykonawców, korzystając z ustawowego uprawnienia a nie obowiązku, powinien być przygotowany na sposób jego prowadzenia zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zasada legalizmu, stanowiąca podstawę kontroli, oznacza formalną zgodność czynności Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp, przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 lipca 2019 r. oraz w Informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń zgłoszonych przez

Zamawiającego (pismo z dnia 5 sierpnia 2019 r.), w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 (popr. 3) oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego, co miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - w zakresie doświadczenia wykonawcy (potencjał kadrowy - zdolność zawodowa).

Zakres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakwestionowany w Informacji o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy Pzp, to zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego do uzupełnienia oświadczeń/dokumentów lub złożenia wyjaśnień wymaganych do wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowej - warunków podmiotowych, co w konsekwencji stanowiło zaniechanie obowiązku Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zakres wymagań dla Inżyniera Kontraktu - wg nazwy zamówienia, a wg warunku udziału w postępowaniu Kierownika kontraktu - był bardzo szeroki, przy tym skonkretyzowany, a doświadczenie oferowanej osoby nie potwierdziło wymagań. Nie wzywając wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do co najmniej złożenia wyjaśnień, Zamawiający uznał, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdy z zestawienia zakresów prac wynika, że nie spełnia. Konsekwencją zaniechania wezwania było błędne uznanie spełnienia warunku i udzielenie zamówienia wykonawcy, który co do zasady podlega wykluczeniu.

Zatem, wskazanie naruszenia przepisów ustawy Pzp w Informacji o wyniku kontroli: art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy IZOTERM s.c. Usługi instalacyjne do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia oświadczeń/dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym), co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego, jest zasadne.

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....